

# イギリス歴史学派の源流

——メインへのサヴィニーの影響——

The Origin of English Historical School:Savigny's influence on Maine

阿 部 秀 二 郎

Abe, Shujiro

## ABSTRACT

Pollock and Vinogradoff referred to the clear relationship between Maine and Savigny. However they insisted the similarity between Maine's historical method and Savigny's, we haven't able to make it clear yet. The purpose of this paper is considering the possibility of the connection between them. Considering it, we may see Maine's historical method, then notice the influences of geology, Bentham's idea of the codification and that Austin's historical method was influenced by Savigny. Finally we may find the connection between Maine's historical method and Savigny's.

## はじめに

本稿は阿部 [2005] で考察した問題であるドイツ歴史学派に属するロッシヤーのドイツ歴史法学の始祖サヴィニーへの源流探索の試みの後編と位置づける可能性を追求することが目的である。つまりドイツ歴史法学の始祖サヴィニーからイギリス歴史法学への影響を追及する。大きな構想としては後の論文においてイギリス歴史法学と歴史学派との継承性を分析してから全体を総括することを目的としているのであって、本稿はその過程の部分に位置づけられるものである。

歴史学派の影響を議論する際に、イギリス歴史法学の始祖はメインとされ、イギリス歴史学派の始祖はレズリーとされることに大きな間違いは存在しないと

いえる。<sup>(1)</sup>そしてレズリーがメインに大きく影響を受けているであろう可能性はかなり確率の高いものとして容易に認識できよう。

次に問題になるのが、イギリス歴史法学とドイツ歴史法学との関連性である。つまりサヴィニーとメインとの関連性である。山田はサヴィニーとメインとの関係性を明確にしているが（山田 [1964], p.39）、主にこの原因はメインの『古代法』の序文におけるポロックやヴィノグラドフの叙述（Pollock [1906], pp.XVI~XVII, Vinogradoff [[1904], p.125）に見られるように、サヴィニーとメインとの関係の明確性が言及されているからである。しかしメインの著述の中に直接サヴィニーから影響を受けたと断定する証拠を見出すことは困難である。したがって多くの点でメインがサヴィニーを批判的に乗り越えたという指摘（Freidmann [1949], p.133）があるが、アレンが主張するように（Allen [1927], p.120）メインが直接サヴィニーに言及していない以上、以下のような可能性を踏まえる余地がある。つまりサヴィニーとメインとの間に介在者が存在するという仮定である。そして著者はその介在者の存在の可能性、具体的にはその介在者をベンサム・オースティンと指定する可能性を検証したい。そのような視点に対してはオースティンとメインとの間の乖離という点に困難性が見出される可能性がある。ベンサム・オースティンは合理的な法学を展開したのに対して、メインは歴史的な法学を展開したからである。しかし法律学の科学性追及という時代的な要請に対して、法学の発展のための概念の明確化・正確な把握をベンサム及びオースティンは歴史的にローマ法にまでたどることで行った。そしてその歴史的な探求という作業は、ベンサム・オースティンそしてオースティンとサヴィニーとの関連を通じて、メインと共通性が存在すると著者は推

---

(1) イギリス歴史学派の方法論的特長だけを「歴史的帰納」に求める場合には、恐らくレズリー以前のアダムスミス・ジョーンズにまでたどることは可能であろう。しかしレズリー以降の「歴史学派」とジョーンズとの関連性について、著述された内容等からそれを推測できるとしてもレズリーが思想的にジョーンズから影響を受けたという状況を見出すことができない以上、方法論のみならず思想的に「歴史学派」の始祖としてレズリーを位置づけるのが適切であると判断する。

測する。

本稿は以下の構成となる。

I では、19 世紀初頭から半ばにかけてのイギリス法律学への科学性の要請について、具体的にはベンサムとオースティンを認識した上でメインが当時のイギリスの法律学の問題点を歴史的な過程を経て把握していることを考察する。

II では、歴史法学における科学性追求の過程におけるベンサム・オースティンの歴史的方法論の限界とその打開に関するメインの示唆を地質学との関連を踏まえた上で考察してゆく。III ではベンサム・オースティンにおける「法典化」の作業自体へのメインの共感と同時に批判点を考察する。IV ではサヴィニーの歴史的方法の精神がオースティンの「法典化」の作業に与えた影響を分析する。

## I 法律学への科学性の要請

メインの死後まもなく刊行されたタイムズ誌には、以下のようなコメントが掲載された。「(メインは) 古代法とダーウィンの『種の起源』との間の関係を明らかにしている。」(Duff [1892], p.74) そして法律科学はダーウィン進化論に影響を受けたとヴィノグラドフが指摘する (Vinogradoff [1904]. p.127<sup>(2)</sup>) ように、メインの法律学へのダーウィン進化論の影響は大きいものであると指摘されてきた。実際にメインが『古代法』の第 5 章で有名な「身分から契約へ」という表現を導出し、社会的進歩と法律の進歩の関係を説明する。

具体的には、メインは原始社会からの法律の変化である擬制 (fiction) から衡平法 (equity) へ、そして最終的な立法化 (legislation) について触れた後で、それらが社会に影響を与え、発展段階において私的権利や所有権の多くが家族 (による管轄) から公的な法廷の管轄へと変化したことを指摘する。(Maine [1861], p.162) つまり「家族に端を発する権利や義務の相互依存形式に代替する人間同士の結びつき」が生じたのであり、「それが契約」(p.168) なのであ

---

(2) 社会に与えた影響の大きさからメインとダーウィンとの近似性をモーガンは指摘する。

(Morgan [1917]) さらに De Montmorency [1933] も参照。

た。その法律の変化に際して、利便性や相対性や単純性といった新しい原理と新しい規範（morality）が展開されるようになったのである。

このようにメインは歴史的に社会と法が進歩していることを実証しているように思われるのだが、メインが具体的に歴史的な進歩をどのように把握しようとしていたのかについて「衡平法」の例を引き合いに出すことで、進歩の内容及びそこから引き出される法律学への科学性の要請を指摘しよう。

上に指摘した変化を生み出す新しい原理と新しい規範をもたらしたのは、ギリシャ哲学に源流をたどることのできる自然法であった。そして古代ギリシャにおいて自然法は、事象の説明原理としての普遍性と単純性が追求されただけではなく、「その自然の概念の中で <物的な> 世界に <規範 (moral)> が付け加えられ」（p.51）ることになった。つまり自然法に基づくストア哲学の形成をメインは指摘しているのであり、ストア哲学の規範についてこう述べる。「<自然> に従って生きること、俗人の秩序を乱す習慣や怠慢さを克服し、自己否定や自己支配による以外には大志を抱く人が見つけることのできない高度な活動法則にまで導く」（p.52）。そしてローマ人によるギリシャ支配以後、自然法思想はローマ社会及びローマの法律家にも影響を与えることになったのである。（Oldham [1922], p.8）こうして自然法がローマの法律家の間に浸透することで、その源流においてローマ市民が自らの市民法を他国民に適用したくないという希望に基づいて新たに形成した万民法（Jus Gentium）が「自然の法典（code of Nature）」であると法律家が信じ込むようになったのである。（p.54）

しかしメインにとってローマの法律家たちのこの把握は間違いであった。ローマの法律家たちの誤解の原因は万民法と自然法の両方に含まれる「Equity」という言葉が共通の意味を有すると把握したことにある。自然法における「AEquitas (Equity)」はギリシャのストア哲学の影響を受けた規範的な概念であり、「平等あるいは比例的な分配の原理」を表す（p.56）。他方古代ローマ帝国で模索された万民法における「aequus (Equity)」は「<平準化 (levelling)>」あるいは「不規則性の修正」を意味する。前者は市民階級内部に通用する平等な配分であ

り、正義と理解されているものと関連している。後者は同等ではない条件にある異民族にも通用され、異民族であるからという理由による不規則性を認めないというものであった。そしてこの「平準化」という用語には倫理的な意味が存在していないのである。(p.57)

しかし古代ローマに存在した「平準化」という規範的な意味を持たない「Equity」という用語は、ギリシャ征服（B.C.149）後、相対的に古くから存在している自然法に内包されている規範的な概念を組み入れる形でキケロによって、その意味が変節してしまったのである。(p.58) そして規範的な意味を持たない「平準化」という概念と規範的な意味を有する「平等」という概念は、「理想的な類似性」を有することで、同一視されることになったのである。こうしてローマにおいて通用するようになった法は複数の源流を持つ諸概念から構成されているものであり、その源流が誤解され従って概念が整理されないままに利用される状況にあった。(p.70) しかし自然法思想との遭遇によって、ローマにおける法律の改良の進展は急速化したという事実をメインは指摘する。したがって改良のきっかけは自然法の内容というよりは、自然法の表面上の特質における単純性・相対性・明瞭さに存在するのであり、良い法体系の特徴にそれらが挙げられるようになったという認識をメインは有する。もしローマ帝国に自然法思想がもたらされなかった場合、あるいはもたらされたとしても自然法が複雑性・非対称性を有するものであった場合には、ローマの法律は進展しなかったということになる。しかしそのような表面上の特質である単純性・相対性・明瞭さと同時に、自然法が評価される点として過去に存在していたであろう「もともとの自然による支配」からの系譜が指摘されているとメインは主張する。(p.71) 実際には既存の制度を土台に据えて考察されている自然法であるのに、不確実な原始的な自然状態との継承に評価の基準を求める方法は、自然法の「過去と現在との混同」であった。(p.70) こうして「現代の自然法の考察は認識の不明確さを露呈し、……言語の曖昧さによって価値が損なわれて」(p.71) きたのである。<sup>(3)</sup>

メインは、以下のようにその混乱した状況から脱却する困難性の原因を指摘する。それは人間の進歩を妨げてきた社会の幼稚さの特徴であり、それは二つある。「法律の急激な発展」による歴史的に「耐えうる法体系」の不在と「宗教との……同一化が主たる原因となる原始的な法律の厳格さ」とである。そして後者の場合に「法律の完全性」は法律が作られた際の土台への執着に存在することになるのであり、ローマ法においては（宗教のような存在としての）自然法によって与えられた単純性や相対性がその土台を構成するものであると考えられたのであった。しかしそのような単純性や相対性以外に「前世紀の英国の法律家は……他に依存すべき原理が欠如していたために、あたかも（ローマ法に土台付けられた）イギリス法の完全性を信じ込んでいるかのように振舞う結果になってしまった」（p.75）のであった。

自然法と融合することがかつて発展することになったローマ法は、「発明者の時代から現代（イギリスの法律に）まで脈々と継続している」（p.109）が、自然法論者達の議論を経て土台の脆弱性が露見することになる原因を、メインは「（ローマ法も含めて）それまで科学の立場に立っていたものの大部分が一連の憶測でしかなかったこと」（p.109）に追及する。したがってローマ法とその土台としての自然法がローマの弁護士の憶測に基づくのではなく、また後のイギリスの法律も憶測に基づくのではなく、確実な事実とその土台が求められなければならない。さらに、もはや土台としての原理に過去の自然法が有する「優雅さ（単純性や相対性）」を据えることはできないのであり、代替する原理は法の変化の過程という側面からしても適切なのである。

ここから科学性を追及するための「歴史的方法」と法律の新しい原理が要請されることになるのである。「歴史的方法」という面においてメインが重要視し

---

✓（3）メインはさらにルソーの自然法を引き合いに出し、その自然法は将来に到来する市民法が向うべき目的として把握されていると、論じる。しかしメインは、将来自然法が到来するという方向性は事実とは反対であると指摘し、将来の世界が過去より好ましいと考える根拠はキリスト教によって与えられたものであり、自然法について論及するギリシャ時代の文献において時系列において社会が改良されていくという根拠を否定する。（p.71）

た人物は、モンテスキューとベンサムであり (pp.111-4)<sup>(4)</sup>、特にモンテスキューの『法の精神』は、想像力による歴史への言及という方法で一躍有名になったルソーの社会契約論が世に出ることで十分広まったわけではないが、実証的な「歴史的方法」を有していたことをメインは高く評価する。そしてその実証的な「歴史的方法」における調査対象の広さは厳格な科学方法論にとって決定的に重要なものであった。したがってその調査対象を狭い範囲にしか設定できないが故に、憶測に基づいて構築されてきた法律学は、自然科学者が「自然界を全体として扱い」、「最も単純な構成要素である分子」(p.115)から分析を始めない場合の方法論の過ちに陥ることになるとメインは考察する。そして歴史的には、社会は単純なものから複雑なものへと変化してきているという認識の下に、法律学において単純な構成要素を、歴史的な原始状態に見出し、そこから分析を始めることが法律学に要請されている科学性に対応するための方法論上の解答なのであった。

## II メインの歴史的方法における地質学の影響

メインへの自然科学の影響としてはすでにヴィノグラドフによって、「地質学」が指摘されたが、同時にダーウィンによる進化論つまり「生物学」の影響が「法律の進化」という形で具体化されていることも指摘された。(Vinogradoff [1904], p.127, 内田 [1946], p.41) I で見たように、『古代法』では社会と法律とが進行する相互的な関係が把握されていた。しかしダーウィン進化論が登場するのが1859年であるのに対して、『古代法』が出版されるのは1861年であるという事実と、1856年にメインが書いた論文「ローマ法と法律学教育」において、古代ローマ法と当時のイギリス法との間の、あるいは「ローマ法とベンサムとの思想との間の」実質的な継承性が展開されていることから、以下の推論が成立するであろう。メインの模索する歴史的方法は具体的には、過去と現在との形式における変化と実質における継承性とを導出すること、そしてその目的

(4) 内田 [1945], p.68 において詳細が解説されている。



はイギリスにおける法典化に存在すること。前者について、地質学との関係で、歴史的方法の位置づけを把握することができる。つまりダーウィンの『種の起源』が出版される以前に法律学の歴史的方法をメインがすでに認識しているであり、歴史的方法を導入するはじめの段階において意識していたのは、ダーウィンの進化論ではなく、ライエルの地質学との関係で把握することが適切ではないか。その仮定を踏まえることができるならば、後者における法典化の問題について、ベンサムやオースティンさらにサヴィニーとメインとの関連性をさらに深く考察する可能性が出てくる。そこで以下ではその2点について考察してゆこう。

## II-1 地質学の影響

バローは、メインの『古代法』の萌芽は1843-53年に存在し、その時代に影響を受けたのは、生物学的進化論ではなく、比較言語学の権威であるマックス・ミュラーや1843年に設置されたロンドン民族学協会が出版した書物であると指摘した (Burrow [1966], pp.140-53.)。しかし実際にメインへの思想上の源流が明確に把握できないことが、メインの日記等の資料を分析した後の法学者フィッツジェイムス・ステフェンによって指摘された。(Feaver [1991], pp.39-40) したがってメインが歴史的方法を追求することになる『古代法』への思想的な経路を追及する際にはやはりメイン自身の言葉で語られている「地質学」の影響について検証しなければならない。<sup>(5)</sup>

メインは『古代法』の冒頭部分において、以下のような有名な言葉を残している。「もしいかなる手段によってでも法概念の初期の形態を決定できるならば、我々にとってはかけがえの無いものとなる。これらの初歩的な考え方が法律家にとって有する意味は、一次岩層が地質学者にとって持つ意味に等しい。これらの初歩的な考え方には、潜在的に、法律が後に有することになるすべての形態が含まれているのである。」(Maine [1861], p.3) この文にはメインが自らの法律学の向うべき方向性として地質学との類似から明確にしている点が含まれて



いる。現在の法の考え方と過去の法の考え方には連続性が存在するのであるから、現在の法の考え方の源流をたどることは可能であり、かつその作業は法学をより豊かにするという点である。

地質学では過去からの断続性と区別できる連続性・継承性を「斉一性 (uniformity)」と表現される。そしてこの「斉一性」の概念が法学においても利用されることになる際の地質学の時代的背景を紐解くことでメインに与えた影響の強さを展開しよう。

すでにハットンが『地球の理論』(1795)において、「斉一性」概念を持ち出し、長い時間的スケールにおいて地質過程が継続されていることを指摘している。その後ライエルが『地質学原理』(1830-1)の中で「斉一性」概念を「斉一説」という教義にまとめあげた。他方で1816年にはサムナーの『天地創造の記録』が、1823年にはバックランドの『ノアの箱舟の遺物 (Relics of Deluge)』が出版される。彼らは二人とも敬虔な聖職者であり、地質学上の発見が聖書の記述と異ならないことを示すことで、新興の科学である地質学がキリスト教社会に受け入れられていく素地を作ることになった。そして彼らが具体的に注目するのが、地質学理論におけるキュビエの「激変説 (catastrophism)」と聖書の創世記に登場するノアの箱舟を作るきっかけになった大洪水という「激変」で

- ✓(5) 地質学とメインとの関係を詳細に分析した次の論文を参照。岡寄 [1989]。なお本稿の目的が、歴史的な方法論の大陸からの系譜を分析することに重点をおいているために、メインの著作を全体に渡って検証する作業には取り掛からない。したがって「地質学」の影響を最終的なメインの体系に渡って検証するわけではない。つまりライエルの『地質学原理』がダーウィンの『進化論』の先導役を果たした(パーロウ [1972], p.72) のと同じように、「地質学」の影響がメインにおいてどの程度まで進化論的な要素として発展していったのかは考察の対象とはしない。しかしメインの進化学方法論との関連で把握しようとする議論は相当な蓄積を有する。(Macfarlane [1991], pp.137-8)。実際にメインは『古代法』においてさえ、一方で「契約から身分へ」という法律の進化や、自然法に含まれる相似性といった概念から合理主義的な法典化が模索する便宜性といった概念への法律の原理の進化を描いているように見えても、他方では後者の法律の原理の進化は人間の手によって意識的に変化されるとか、歴史的時間を通して人間性は進化せず、不変であるという進化的な思想には馴染まない著述を見出すことが出来る。このメインの態度をバローは「メインの理論には二側面が存在する。一方で文明化の独創性に関する強調。そして進歩と停滞との二分法で考える傾向である。(Burrow [1966], p.163) と評価しており、その評価は納得のいくものである。

あった。つまり一度地球上の多くの生物が死滅してしまうような激変がかつて訪れたのであり、その激変から逃れるためにノアの箱舟が作られ、大地が一新された後で、再び大地に生物が足を踏み入れるという創世記に存在するノアの箱舟の教義は、キュビエやバックランドによって発見された恐竜の骨が古い地層の中に存在しており、かつてそういう生物が存在していたという地質学的事実を否定するわけではない。逆に地質学的事実は聖書によって示されている内容の正しさを証明することになる。したがって活発化する地質調査はキリスト教社会でも肯定されることになる。しかしそのような活発化した地質調査の結果発見される生物の化石や地層類重の事実などによって、彼らのような神学的地質学 (theological geology) は 1830 年以降のライエルの「斉一説」によって徐々に終焉を迎えることになる。<sup>(6)</sup>

このような地質学の歴史的な過程においてメインに与えた影響を考察すると、まず「斉一説」という教義がライエルの影響において 1830 年代以降定着していったという時代的狀況を挙げることができる。そしてその際にサムナーやバックランドのような神学的地質学者による歴史的方法が許容され活発化する方向性へと導出される背景が存在しなかったのならば、ハットンがすでに有していた「斉一性」という概念もキリスト教社会ひいてはイギリス社会にスムーズに受け入れられてはいなかった可能性を指摘できよう。だがこの影響はメイン単独に与えられるわけではない。ここにおいてメインに特に影響を与えた可能性を指摘できる原因を挙げることになる。それは地質学者であり聖職者であるジョン・バード・サムナーが法律学者であるヘンリー・ジェームズ・サムナー・メインの母親のいとこであり、洗礼名を与えた人物だったという事実である。メインの母親はサムナーの勇氣ある行動 (キリスト教と新興の科学とを融合する) に対して尊敬の感情を抱いていた。そして上に指摘したようにサムナーはキリスト教社会ひいてはイギリスにおける知識人の階級に対して地質学という新興科学の存在価値を認めさせることに貢献していたことを考えると、メインが特に

(6) Rachid [1981], Gillispie [1959], 柳沢 [1999] 参照。

地質学に他の自然科学よりもその影響を強く受け易かったという可能性は指摘できる。<sup>(7)</sup>

## II-2 ベンサムの歴史的方法論の限界

次に「ローマ法と法律学教育」(1856)と『古代法』(1861)における、ベンサム及びオースティンに対するメインの考察の特徴を明らかにしよう。

両方の著書においてメインのベンサム及びオースティン解釈は一貫している。具体的にはベンサム及びオースティンによって構築された法律の体系は、「法律がある特殊な性質の法律制定者の支配に還元され」ることを提示した点において、そしてその支配を付与する際の社会の動機付け、つまりは法律が修正されるきっかけとして、便宜(expediency)とか最大の善(greatest good)をメインが挙げている点において、法律は伝統や慣習にも基づくものであり、自然法の優雅さ(単純性・調和性)が動機付けとして存在しているローマ法とは形式こそ一見するとまったく異なった異質のものであるようだが、ベンサムが苦労した分析の方向性は、実質的には「ローマ法の専門家(juriconsults)の根本的な想定に含まれる主張を実現する」(Maine [1856], p.343)ものであった。つまりメインは、法律の制定者が大衆の最大利益を求めて法律を修正するベンサム理論に基づく結果と自然法の優雅さが追求されるローマ法理論に基づく結果とがほぼ同じになる可能性を示唆するのである。(Maine [1861], p.76) 注意すべき点は2点ある。1) ベンサム・オースティンの功利主義論は、法律修正論に適用されており、法律修正の動機が歴史的に便宜や善を追求するという形式で展開されてきたというベンサム功利主義理論の歴史的把握をメインが取り上げている点。2) ベンサム的な功利主義思想が法律の土台に存在するという考え方は、当時の

(7) しかし以下の反論も成立する。一つ目はメイン自身がサムナーから受けた影響についてだけではなく、家族のことについて明らかにしなかったので、言質をとる事ができていないこと。(Feaver [1967], p.4) 二つ目はラシッドが指摘しているように(Rashid [1981], p.727), 19世紀前半において自然科学の中で最も人気のあったのが地質学であるならば、メインだけに地質学方法論の強い影響を帰すことはできない。

イギリスだけではなくローマ法にも見出すことができる、あるいは逆にローマ法の土台として存在している思想が当時のイギリスでベンサムによって功利主義という「用語」で明確化されたという功利主義概念の過去と現在との継承性に関するメインの認識。

1) によって理解できることは、メインにおけるベンサムの位置づけである。I の終わりの部分でも指摘したように、メインによるベンサムの功利主義の理論の「歴史的」アプローチによる把握は、フィーバーが有するベンサムとオーステインのイメージである「歴史の無視」(Feaver [1967], p.45) と対立する。以下の言葉に表れているように、メインはベンサムを歴史的な接近法を不完全にはあるが採用しているという点で高く評価している。「離れた歴史への注意が希薄であった、ジェレミー・ベンサム」は「演繹的な考察を主に採用せざるを得ない。」(Maine [1918], p.viii<sup>(8)</sup>) その不完全性とは具体的には I でも指摘したように、「憶測」に基づく法律学の原因である歴史的考察の「省略」である。そしてベンサムにとって「離れた歴史」あるいは「離れた時代」への考察の不足によってもたらされている問題は、功利主義原理における「人間性の理論」の不完全性を把握せず、その「理論」を補佐する制約的な原理を比較的な方法によって獲得しないことなのであった。しかし比較的方法によって「慣習・考え方・動機」などが修正・訂正されれば、大衆政策や私的活動に関する準則に最大幸福の原理を据えることにメインは賛成しているのである。(Maine [1876], p.232) したがってベンサムには「歴史の無視」が存在するとは言えないことになる。

ここでさらに注目したい点はベンサムの不完全な歴史的接近法つまり「離れた歴史への注意が希薄」であることの原因である。それは 2) で指摘した功利主義概念のローマ法からの継承性に追求することのできるものである。メイン

---

(8) 傍点は著者による。この引用はメインの『大衆政府』(1886年初版)からのものであり、ベンサムの『憲法典』(1830)への言及となっている。したがって功利主義の原理が展開された『道徳及び立法の諸原理序説』(1789)への直接の言及ではない。

は 1856 年という早い段階で以下の言葉に表れるように、その継承性を認識している。「イギリス法は……道徳的な思想がローマ法と深く関連している点において、道徳的な思想に触れている。……初期の衡平法レポートを読むと特殊な法律学の学派——自然法の一連の著者——による、衡平法裁判所の法律に形式と体系性とを最初に与えた裁判官への影響によって衝撃を受ける。」そしてその継承性を古典であるローマ法への知識を有することなく現在のイギリスの法律から把握するのは困難であるとメインは指摘する。「極端に大衆的でもあり専門的でもあるイギリス法の言葉が、曖昧にするかあるいは見えなくしている真理が、ローマの法律家の用語を通して明確になる。」その継承性についてメインが納得できるようになるきっかけは、ベンサム功利主義的法律学体系の大成者と呼ばれるオースティンの著作に見出されるローマ法への言及なのであった。「ベンサムの最新で最も賢明な解釈者は、ローマの法律学の言い回しと方法への選好を公式に表明した。」(Maine [1856], p.343) メインが指摘している「最新の……解釈」とはオースティンのロンドン大学での講義をまとめた『法学の領域の確定』(1832)であり、ミルは、オースティンの正当な評価とともに該当書がローマ法に依存していることを以下のように述べる。「科学的な明晰さを考察し、それを実現する試みとして、一般的な法律学の概念と区別を、オースティン氏は主にローマ法に基づいて構築した。」(Mill [1863], p.172) そしてこのようなオースティンの著作に見出されるローマ法と功利主義的法律思想との継承性は、同時にオースティン及びベンサムの歴史的接近法の限界をも明確にすることになる。

その限界とは、内田 [1964] が「バンタムとオースティンの分析法的な考え方の妥当する範囲に限界があることを」(p.4) メインが指摘している証拠として引用されている部分と一致する。歴史的な接近法により、すべての法律の法の制定者 (lawgiver) による <命令> と市民に付与される <義務> と <制裁> への分解と、<命令> が法律の中で最初の要素として複数の法を規定するという法律の体系化とを図るベンサムとオースティンの試みに対してメインは以下<sup>(9)</sup>のように指摘する。分解と体系化は「成熟した法律の事実と完全に一致するし、

少し用語を拡張的に利用すればすべての時代のすべての種類のすべての法律に一致するように作り変えられる」が、「大多数の人によって有されている法律の概念は今日であろうと一致しているとは言えないし、歴史的に思想を原始時代までたどるに従い、ベンサムが決定した諸要素の構成物に類似した法律の概念から遠ざかる。」つまり原始社会においては立法者など存在せず、したがって法律は習慣でしかなかった。善悪の基準は事実の後に生ずる判決に基づいているのみであった。そしてその判決に影響を与えたのが古代ギリシャに端を発する「神託 (Themistes)」と呼ばれる権威者の暗黙の意志であった。そしてベンサムやオースティンが <命令> と称するものはこの「神託 (Themistes)」に近い概念なのであり、個別の判決を支配し、公開されないがゆえに一貫性や継続性を有するものではない。それに対して法律は市民全体に無差別に公明に伝えられるものであり、連続する対象や類似する対象に対して適用されるという抽象性を有するものであった。こうしてベンサムとオースティンの歴史的接近法による古代の法律の分解と体系化は現代の法律のそれらと相通ずるように思われるが、歴史的時間をさかのぼり分析することでメインはベンサムやオースティンによってなされる法律概念の古代への類推の粗さを指摘することになる。しかしこのようにベンサムとオースティンの分析学的な方法は歴史的な事実把握の粗さによって困難性を有しているとメインは指摘するのであるが、同時にその方法の困難性に対して以下のような理解を示すことで、むしろ過去への正確な分析・類推の可能性をメインは考えているように思える。「時間と繋がりという両方の点において現代からかなり隔たった見解を実感する (realise) のはもちろん極めて困難なことであるが、……古代社会の構成に長く触れるほどに確かなものになる。」(Maine [1861], pp.7~8)

---

✓(9) 具体的には Austin [1832] pp.90~106 で、オースティンが決定しようとする法律の領域についての叙述を指していると思われる。オースティンはこのような法の分解の他の例として、ペイリーとロックとを提示している。

### Ⅲ 新しい法体系—新法典—の支持

これまでのところで、メインはⅡ-2で指摘したように、功利主義思想を法律の柱に据えるベンサム・オースティンの新しい法体系の試みを評価している。そしてその評価の根底には以下の2つの原因が存在していたといえる。1) 功利主義思想の便益性自体が古代からの法律の概念には潜在的に含まれていたという点において、ベンサム・オースティンの新しい法体系は決して時系列において断続性を有していないこと。2) 功利主義思想が明確化される以前に法体系の柱に存在していた自然法的な調和性の限界に実務的な法律家が気づいていながらも、あたかも宗徒のように新しい法律の変化を模索しては来なかった状況を、新しい法体系は打開する可能性を有すること。そして特に1)の点はⅡ-1で指摘したメインの科学論における地質学の影響からも裏付けられる。したがってメインの法学における目的はベンサムやオースティンの新しい法体系の確立という目的と異なるわけではなく、むしろ彼らの目的をサポートする試みと位置づけることが可能であるように思われる。そしてそれを裏付ける証拠として、初期メインの法律学への導入の時期にあたる「ローマ法と法律学教育」と、『古代法』で主張された「法典化」についての議論を提示する。

メインは「ローマ法と法律学教育」において、ローマ法が諸国の法律においてその土台を構成しており、「普遍的な法律学の〈共通語〉になっている」にもかかわらず、諸国に比ベイギリスの法律学におけるローマ法の教育の底の浅さを批判している。(p.342) その弊害として、法律家は法律用語のもともとの意味を保つことができず、用語の大衆化とともに意味が曖昧化することでもたらされた思想の停滞をメインは主張する。さらに法律用語が混乱する中では、正確に法律を適用しようとする人々によって、法廷の弁論の冗長さと膨大な判例法の蓄積が生ずることになる。そしてこの問題を回避すべくベンサムは新しい語彙を発明したとメインは指摘する。こうしてメインはベンサム・オースティン・ヒューウェルと同時代的な法律における問題意識を共有するのだが、メイ



ン場合には法律学の用語法における教育を通じて改善を図ろうとする。その際にはローマ法が次の理由に基づき最適な手本になるとメインは指摘する。1) 言葉の使いかたが全体にわたって一貫していること。2) ローマ時代の法令論文史 (history of the Institutional Treatises) を通して、新しい専門的な用語が新しい法律概念へと導いたり、古い専門用語に代替していく過程などを理解できること。(p.349) それらの便益を有するローマ法を法律学教育に利用することで、「法典化はイギリスにおいて実現可能になる」(p.366) と考えたのである。<sup>(10)</sup>

そして『古代法』においてもメインの「法典化」に対する重要性の認識は変化していないが、「ローマ法と法律学教育」において主張されたベンサム・オースティンの系譜に沿った現実的な時代の要請に基づく「法典化」とそのためのローマ法の位置づけの意味は多少変化する。『古代法』の第1章「古代の法典」では法典化の重要性を認識しつつも、正確な法典化の作業のために法律の概念の源流(淵源)をローマ法以前の時代に求める必要があるとメインは指摘する。「世界に知られている法律学体系の中でも最もすぐれているものは、法典に始まり法典に終わる。……ローマ法の解説者はローマ法体系の全体が十二表法にそして書かれた法律(成文法)の土台に依存していると言ってきた。特別な場合を除いて、十二表法以前の制度はローマには存在しないのであった。……(しかし)十二表法は我々が法律の歴史をとりあげる最初の時点ではないことはほとんど言う必要がない。古代ローマの法典は、世界中のほとんどすべての文明国においてその例が見られる部分に属していた。……明らかに法典の背後には多くの法的な現象が存在しており、それらは法典に先立っていた。初期の法律に関する現象に関する情報を与えてくれる文書による記録もそれなりに存在

---

(10) メインの「法典化」に関するより詳細な考察は内田[1964]を参照されたい。蓄積された判例集の処理方法としての「法典化」の意義付けが展開される文脈においてベンサムとメインとの相違(内田の表現では「(メインはオースティン同様)ベンサムの立法理論を……法典化の部分で修正している」(p.16))が導出される。この点は法律学の歴史という面において重要な指摘であるが、本稿ではメインの歴史的方法の源流を考察の主な対象としており、紙幅の許す程度の言及に留める。

するが、言語学がサンスクリット語の文献の完全な分析を行えるようになるまでは、知識の最高の源流はギリシャのホメロス時代の詩である。……詩人の空想が英雄時代……の特徴をいかに誇張していようと、……道徳的形而上学的な概念を変更したと信じる根拠はない。そしてこの点においてホメロス時代の文献は、哲学的で神学的な影響の下に編纂されることになった……比較的新しい記録文書よりもはるかに信頼のおけるものである。いかなる手段によってでも、法概念の初期の形態を決定できるならば、我々にとってはかけがえのないものになる。」(Maine [1861], pp.2-3)

このように「ローマ法と法律学教育」と『古代法』とでは、いずれの著作においても「法典化」への肯定とその際に「ローマ法」が重要視されるべきこと、は共有されているが、前者の著作は「法典化」という現実的な目標を追求するための道具として「ローマ法」の優越性が説かれているのに対して、後者の著作では歴史的な事実として多くの法典の土台に「ローマ法」が存在していることが示されたあとで、ローマ法以前の法的な現象への考察の必要性が説かれている。Ⅱ-2で展開したが新たな法典化の作業のためには「ローマ法」以前のまさに古代への考察の必要性が要求されるようになっているのである。

#### Ⅳ オースティンにおけるサヴィニーの影響

Ⅱ-2で指摘したように、メインにとってローマ法は歴史的には法律の概念の源流（淵源）として位置づけるには不十分であり、ローマ法を「法典化」のための作業の土台にすえたオースティンの法典化方法論の不十分さも認識された。しかし注意しなければならないことは、「法典化」のための現存の法律の分解と体系化の作業とを歴史的に追求するという方法論をメインは否定していないのであり、むしろ正確な「法典化」の作業の重要性を把握していたメインにとってオースティンから影響を受けたその方法はメインの法学方法論においても重要な位置にあると言えよう。そしてオースティンの「法典化」の作業に注意を促すならば、サヴィニーの法典化批判と歴史的方法によってオースティンが強

く刺激を受けたという事実を目を向ける必要がある。

オースティンの未亡人であるサラ・オースティンが「オースティンは（サヴィニーの）『占有権論（Das Recht des Besitzes）』についていつも熱狂的な賞賛を持って語っていた」（Austin [1863], p.1074）と指摘しているように、オースティンは『占有権論』の中でサヴィニーによって明確化されたローマ法の精神を重視する姿勢を高く評価する。<sup>(11)</sup>そしてティボーとの法典化論争を通じてサヴィニーが有する法典化批判に対して、オースティンは自らの目指す「法典化」の作業が、サヴィニーの法律に関する問題意識と構想から大きくそれるものではないことを以下のように指摘する。

「……サヴィニーはすべての法典化に絶対的に反対しているわけではない。

サヴィニーは将来の判例以外のすべてを含む法典の主唱者であり、法律集（digest）を主張しているのである。サヴィニー自身が法典化の方向における主要な困難も乗り越え難いものではないことを示すために、重要な議論を示唆した。しかしサヴィニーは良い法律と法律家が生まれるまで待つことにしたのである。

……

サヴィニーの諸法典への反論は、ローマ法への賛辞による〈博学な〉偏見と、国民的な反感の結果である。」（Austin [1863], pp.1072-3）

阿部 [2005] で指摘したが、サヴィニーは当時の性急で借り物的な法典化の作業を批判し、立法は正しい方向でなされなければならないと論じる。その正しい方向とは客観的な歴史的方法に基づいて、「個々の要素に分解され、その精神に依じて真の連関の中に叙述され」というものである。その認識の背後には、以下のような問題意識とそのための解法の示唆が存在する。当時のドイツにおける法律はローマ法に淵源を有するはずであるのに、法律家達による勝手な改変と国家による無介入のために、法律の体系が歪んだものになってしまっ

---

(11) ミルはオースティンが法律学の方法論においてローマ法をその土台としていることを主張する。「科学的な明晰さを考察し、それを実現する試みとして、一般的な法律学の概念と区別を、主にローマ法に基づいて構築した。」（Mill [1863], p.172）

た。したがってその状況を打開するためには個々の法律をローマ法の精神にまでさかのぼり、整理しなければならないのであった。(pp.12-6) したがってサヴィニーはオースティンが指摘するように、当時の具体的な「法典化」がもたらすであろう諸問題を指摘したといえるが、法典化の根源的な否定を目的としたのではなく、一見法典化全般の否定に見える状況は、実際には既存のフランス法典への具体的な否定が「フランス法典と他の法典との連想」(Austin [1863], p.703) の中で法典化全体に拡張して行ったものと言えよう。<sup>(12)</sup>

つまりオースティンはサヴィニーが実際に表明する言葉によるよりも、その言葉の背後に存在する事情を勘案することで、サヴィニーが法律学に対して求める精神を明確化したといっても過言ではない。<sup>(13)</sup> その精神とは当時の時代背景にあって、既存の法律を客観的な歴史的な方法によって多くが淵源である有機的なローマ法にまで遡り、法の精神を理解した上でその後の法律の展開を跡付け、不要なものは整理し、バランスの取れた法体系が構築されなければならないというものであった。そしてオースティンがそのようなサヴィニーの精神に共感していると指摘できる要素を見出すことができる。

まず問題意識について。オースティンの法典化肯定の原因は以下になる。立法によって制定された法律とともに裁判所による判決が結実した法律と

(12) 「一般的な法典への反論を語るものは、問題となっている特殊な法典が問題となっている法典に固有の欠点のためではなく、法典としての存在に固有の性質のために、失敗であることを示さなければならない。この自明の真理を法典化への反対者は見ない。あるいは不誠実に見過ごしてきた。彼らは大胆に事実に対して、こう述べる。フランスとプロシアの法典は完全に間違っていると。そしてその間違いから、成功する法典は普遍的に実現不可能だと推測する。彼らは事実を間違えて伝えたり歪めているのであって、誇張している。そして間違ったあるいは誇張された事実に基づいて、詭弁的な推論を行なっている。」(Austin [1863], p.691)

(13) オースティンはサヴィニーが法典化が内包する困難性を克服する方法を見出したとして以下のような例を挙げる。サヴィニーがローマ法のもともとの精神を継続的に正確に保有する法律官の存在のお陰で、既存の法律 (Pandect Law) がユスティニアヌス法典と変わらぬほどの一貫性を有することが実際に可能であったのだから、そのような法律に代替する法典化の必要性を認めないという考え方をオースティンは引用した。そして逆に法典化の作業においても複数の人間が継続的に関与し続けていくことによって、法典が陳腐化しない方向性をサヴィニーは示唆した。(Austin [1863], p.699)

の二つに法律を分類したうえで、法典化によって裁判所による判決が法律へと組み入れられる可能性を少なくする場合と、既存の制定法と裁判所による法律の同時存在とを、コスト換算する。そして前者の場合と比べて後者の場合のコストは膨大なものであると指摘する。その根拠は基本的に個別事例しか対象にならない裁判所による法律をまとめる辞書的な役割として制定法が存在することになり、制定法は「つぎはぎ状」になり、何れの法も膨大な量になってしまう点に求められる。(Austin [1863], p.681) したがって新しい法典化の方が「便宜的」である。このような実的な法のカオス状態という問題意識は、サヴィニーにおいては法のバランス（立法化された制定法と既存の習慣法・裁判所による法などの）の崩壊として認識される。(阿部 [2005], p.15) そして問題の打開を図る方法としてサヴィニーは法の「淵源」に立ち返り、法律を整理し「法律要覧 (digest)」を作ることを指示する。一方オースティンは、新しい法典による。新しい法典とはしかし「既存の法の再表現」であり、法典反対者がイメージするようなまったく新しい法を生み出すことではないのである。既存の法には制定法と裁判所で判決という形で現れたものがある。後者自体は個別のものであり、他の事例に活用できるものではない。したがって厳密に言えば判決の形で表された原理が法になる。その原理は複数の判決から帰納と抽象の作業によって獲得されるとオースティンは<sup>(14)</sup>考える。(Austin [1863], pp.686-8) しかし前者の制定法はその淵源である「立法者の意図」(pp.644-5) が鍵であるとオースティンは指摘する。したがってオースティンの場合には法律を二つに分割することで法典化するための作業も分割されるが、制定法の部分においてすべきことはサヴィニーの方法と異ならないといえる。

## 結論

本稿では、まず法の進化を展開したと指摘されるメインの歴史的な考察から、

---

(14) さらに判決の原理は「判決理由」に見出せるとして、「判決理由」が法典化される可能性をオースティンは認識しているのである。(p.648)

法律の可変性をメインが認識していたことを示した。そして19世紀半ば当時の法律学は変化する条件を有しているとメインには把握されていた。その条件とは18世紀に自然法論者達によって展開された歴史的根拠に乏しく歪んだ自然法思想に基づく法体系が19世紀にはほころびを見せ始めているという事実であった。そのような現状にもかかわらず、法律家たちはその法体系を保持し続けようとしていたというものである。ほころびを見せる主原因は自然法及びそれを体現すると言われるローマ法の正確な把握を法律家が行なわず単なる憶測によって意味が把握されていたことにある。そこで歴史を遡り、法律の正確な意味を把握するという科学的な方法が要請されているとメインは認識したのである。

その歴史的な接近方法を科学的な方法であるとメインが主張する背景には当時人気のあった地質学の影響が存在している。そして過去と現在との「斉一性」から過去の法的な現象を把握することで現代の法律で活かすべき要素を発見できるという視点を確立するのであった。その視点に基づき当時の法律学の状況を改善しようとするときに、すでに改善の作業にあたっていたのがベンサム及びオースティンであった。そしてメインはそのベンサムが歴史的方法を展開しているという点で評価するのである。しかしモンテスキューとの比較においてベンサム・オースティンの歴史的方法は限界を有しているという認識をメインは有する。

メインによってベンサムが高く評価される理由には法典化によって既存の法律学の閉塞状態を打破するきっかけを作ったという点もある。したがってメインにとってベンサムとオースティンによって進められる新しい法典化の作業は高く評価されるものであった。特にメインにとってローマ法の用語を通して現在の法律の淵源を見出し、概念を分解し、体系化するオースティンの作業は、歴史的考察方法として重要なものであった。

そしてオースティンのローマ法に土台を据えた形での法典化の試みに影響を与えたのはドイツ歴史学派のサヴィニーであった。ティボーとの法典論争において法典化反対論者という評価が与えられていたサヴィニーに対して、オース

ティンはむしろサヴィニーの実際に行なう作業は一般的な法典化への作業と異ならないと説明することで、自らの法典化への歴史的な方法論におけるサヴィニーの影響を表明するのであった。

こうしてドイツ歴史学派のサヴィニーの歴史的な方法論の影響がオースティンの法典化の試みを通して間接的にメインへと伝わることになったのである。

最後に本稿の限界について指摘しておくべきであろう。それは、主に以下の点にある。メインが生涯にわたって手がけた論稿すべてを網羅していないために、メインの全体像を踏まえた上で適切な解釈とはなっていない可能性。またメインが法律学に携わることになる時代の思想の状況における分析が不十分である可能性。後者についてはメインへの他の多くの歴史的な方法論を展開する法学者の影響を過小評価している可能性を含んでいる。この論文はさらに法学と経済学との関係へと展開していく構想のもとに展開されている。したがってこれらの問題点についても考察を重ねていくことになる。

### 参考文献

- Allen [1927] : Allen, C.K., *Law in the making*, Oxford Press, 1966  
Austin [1832] : Austin, J., *The Province of Jurisprudence determined*, Lawbook Exchange, 1999  
Austin [1863] : Austin, J., *Lectures on Jurisprudence* (2 vols.), John Murray, London, 1879  
Barrow [1966] : Barrow, J.W., *Evolution and Society: A Study in Victorian Social Theory*, Cambridge University Press, 1966  
Bentham [1789] : Bentham, J., *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, H. Frowde, London, 1907  
De Montmorency [1933] : De Montmorency, T.E.G., IV Sir Henry Maine and the Historical Jurists, *The Social and Political Ideas of Some Representative Thinkers of the Victorian Age*, ed. by Hearnshaw, F.J.C., Dawsons of Pall Mall, London, 1967  
Duff [1892] : Duff, M.E.G., *Sir Henry Maine-A Brief Memoir of his Life*, Fred B.Rothman U.S.A. 1979  
Feaver [1967] : Feaver, G., *From Status to Contract: A Biography of Sir Henry Maine 1822-1888*, Longman, London, 1969  
Feaver [1991] : Feaver, G., The Victorian Values of Sir Henry Maine, *The Victorian*



- Achievement of Sir Henry Maine.* ed. by Diamond, A. Cambridge University Press, 1991
- Freidmann [1949] : Freidmann, W., *Legal Theory*, Stevens & Sons, London, 1949
- Gillispie [1959] : Gillispie, C.C., *Genesis and Geology: A Study in the Relations of Scientific Thought, Natural Theology, and Social Opinion in Great Britain, 1790-1850*, Harper & Row, New York, 1959
- Macfarlane [1991] : Macfarlane, A.D., Some Contributions of Maine to history and anthropology, *The Victorian Achievement of Sir Henry Maine*, Cambridge University Press, 1991
- Maine [1854] : Maine, H.S., Roman Law and Legal Education, *Village-Communities in the East and West*, John Murray, London, 1913
- Maine [1861] : Maine, H.S., *Ancient Law*, Henry Holt and Company, New York, 1906
- Maine [1876] : Maine, H.S., *Village-Communities in the East and West*, John Murray, London, 1913
- Maine [1909] : Maine, H.S., *Popular Government*, John Murray, London, 1918
- Mill [1863] : Mill, J.S., Austin on Jurisprudence, *Collected Works of John Stuart Mill*, Vol.XXI, University of Toronto Press, 1984
- Morgan [1917] : Morgan, J.H., Introduction in Maine's *Ancient Law*, Dutton, New York, 1917
- Oldham [1922] : Oldham, J.B., *Analysis of Maine's 'Ancient Law'*, Oxford, 1922
- Pollock [1906] : Pollock, F., Introduction in *Ancient Law*, Henry Holt and Company, New York, 1906
- Rashid [1981] : Rashid, S., Political economy and geology in the early nineteenth century: similarities and contracts, *HOPE*, (13:4), Duke University Press, 1981
- Vinogradoff [1904] : Vinogradoff, P., The Teaching of Sir Henry Maine, *The Law Quarterly Review* Vol.XX ed. by Pollock, F.London, 1904
- バーロウ [1972] : バーロウ・ノラ編『ダーウィン自伝』（八杉龍一、江上生子訳）、筑摩書房、1972
- 阿部 [2005] : 阿部秀二郎「ロッシヤーの歴史的方法——サヴィニーの影響——」、『経済理論』（第323号）、和歌山大学経済学会
- 内田 [1945] : 内田力蔵「サー・ヘンリー・メイン（三）」、『法律時報 第16巻第号』、日本評論社、1945
- 内田 [1946] : 内田力蔵「サー・ヘンリー・メイン（四）」、『法律時報 第16巻第号』、日本評論社、1946
- 内田 [1964] : 内田力蔵「サー・ヘンリー・メインとイギリス法の「法典化」（一）」、『社会科学研究』（第16巻第2号）、東京大学社会科学研究所、1964
- 岡崎 [1989] : 岡崎修「法の自然史——ヘンリー・メインの歴史法学——」、『思想』（No.780.）、岩波書店、1989
- 柳沢 [1999] : 柳沢哲哉「19世紀初頭の経済学と地質学——J.B.サムナー『天地創造の

記録』の考察——」,『經濟論叢』(第72卷),香川大学,1999  
山田 [1964]: 山田晟『法学〔新版〕』,東京大学出版会,2002